

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

XXVIII Congrès FIDE

Hubin, Jean-Benoît; Jacquemin, Hervé; Lognoul, Michaël; Hocepied, Christian; Delforge, Antoine; Degrave, Élise; Tombal, Thomas; Gillard, Noémie; Van Enis, Quentin

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Hubin, J-B, Jacquemin, H, Lognoul, M, Hocepied, C, Delforge, A, Degrave, É, Tombal, T, Gillard, N & Van Enis, Q 2018, *XXVIII Congrès FIDE: thème 1 : marché intérieur et économie numérique*. Crids, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

XXVIII Congrès FIDE

Thème 1 : Marché intérieur et économie numérique

1. Marché Intérieur et commerce électronique : Internet et commerce électronique

Contributeurs : Jean-Benoît Hubin (assistant à l'UNamur (CRIDS)¹ et avocat au barreau de Namur) et Hervé Jacquemin (chargé de cours à l'UNamur (CRIDS) et avocat au barreau de Bruxelles).

1.1. Commerce électronique, responsabilité des intermédiaires de l'Internet : questions spécifiques

Q1.1.1: À quelles difficultés (par exemple, définition, délimitation) votre État membre et vos tribunaux nationaux se sont-ils retrouvés/se retrouvent-ils confrontés lorsqu'ils fixent des règles ou décident des cas où le concept de prestataires de services intermédiaires est en jeu?

Suite à l'émergence du web 2.0, les juridictions belges ont été confrontées à la nécessité d'interpréter les concepts de la directive 2000/31, et en particulier la notion d'hébergeur, au regard de l'évolution de l'internet. Elles ont ainsi dû qualifier l'activité d'un moteur de recherche, d'un prestataire de service de forum de discussion ou d'une place de marché en ligne au regard du concept d'hébergeur :

- Dans un arrêt du 3 février 2004, la Cour de cassation de Belgique a posé le principe selon lequel l'exonération de responsabilité en faveur des prestataires intermédiaires de l'internet s'applique « *dans la mesure où leur activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise ou stockée* »².
- Avant que la Cour de cassation ait pris position, la Cour d'appel d'Anvers avait estimé, à juste titre, que l'exploitant d'un **site web fournissant des hyperliens** qui dirigeaient le trafic vers des sites web à contenus pédopornographiques, ne pouvait être assimilé à un prestataire intermédiaire, dès lors qu'il faisait preuve d'un engagement en assemblant ces hyperliens de manière consciente³.
- S'agissant de l'activité d'un **forum de discussion**, la Cour d'appel de Bruxelles a refusé la qualité d'hébergeur au modérateur d'un forum, proposant une analyse technique du concept d'hébergeur et relevant, par ailleurs, que la personne poursuivie en qualité de modérateur s'était réservée un droit de contrôle (sous la forme d'un droit de retrait) sur les propos échangés sur le forum de discussion⁴.

Appliquant de manière plus souple les principes de la directive 2000/31, le tribunal de première instance d'Anvers a par contre considéré que les gestionnaires d'un forum de discussion non commercial ne pouvaient être tenus pour responsables des informations

¹ Centre de Recherche, Information, Droit et Société (www.crids.eu).

² Cass., 3 février 2004, *Pas.*, 2004, p. 200.

³ Anvers, 7 octobre 2003, *A&M*, 2004, p. 164.

⁴ Bruxelles, 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, 2010, p. 102.

diffusées sur le forum, dès lors qu'ils avaient adopté une réaction quasi immédiate pour rendre ces informations illisibles⁵.

Suite à l'arrêt *Delfi* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶, la jurisprudence belge sera confrontée à la nécessité de résoudre les tensions pouvant apparaître entre cette jurisprudence se fondant sur les articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Delfi* semble, en effet, sous certains aspects, susceptible d'entrer en conflit avec le concept de prestataire intermédiaire, tel qu'interprété par la Cour de cassation et par la Cour de justice.

- Saisi de la qualification de l'activité d'une plateforme proposant un service de **place de marché en ligne**, le tribunal de commerce de Bruxelles a proposé une interprétation évolutive du concept de prestataire intermédiaire, tenant compte du développement des activités proposées sur internet. Il a d'abord relevé que « *si, à l'origine du commerce électronique, l'on pouvait concevoir que les services visés à la section 4 de la directive seraient fournis par des opérateurs spécialisés ne fournissant que tel ou tel service, il est vite apparu que les fournisseurs de ces services proposaient en outre d'autres services et assumaient d'autres activités conduisant à ce que leur site internet présente une nature composite* ». Il a ensuite appelé à distinguer les activités exercées par un prestataire de service et à déterminer, parmi celles-ci, les activités pouvant bénéficier de l'exemption instaurée par la directive 2000/31, quelles que soient les autres activités exercées par ailleurs par ce prestataire. Il a conclu qu'en l'espèce les annonces de ventes postées sur la place de marché en ligne faisaient l'objet d'un service d'hébergement dans le chef de la plateforme, justifiant l'application du régime d'exonération de responsabilité⁷.
- Enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé « *que les **moteurs de recherche** ne bénéficient pas du régime juridique spécifique à la catégorie des intermédiaires techniques* », après avoir rappelé « *que le choix du législateur européen était de ne pas inclure les moteurs de recherche dans les prestataires de services intermédiaires bénéficiant d'une exonération de responsabilité* »⁸.

Dans cette même affaire, la Cour d'appel de Bruxelles a rappelé que le régime d'exonération de responsabilité applicable au prestataire d'un service 'en cache' s'appliquait à une prestation de stockage destinée « *exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et pour autant que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission* ». Selon la Cour d'appel, si le service 'en cache' proposé par le prestataire poursuit d'autres fonctions, et qu'il reste disponible pendant une durée excédant l'exigence de transiitivité éphémère, il ne peut être assimilé à une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, exonérée en vertu de l'article 13 de la directive 2000/31.

Q1.1.2 : Pensez-vous que dans l'affaire L'Oréal c/ eBay, C-324/09, la CJUE a présenté un critère raisonnable de responsabilité?

⁵ Civ. Anvers, 3 décembre 2009, *A&M*, 2010, p. 560.

⁶ C.E.D.H., 16 juin 2015, Req n° 64569/09, *Delfi c. Estonie*.

⁷ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 521.

⁸ Bruxelles, 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011, n° 44, p. 35.

Dans son arrêt L'Oréal c/eBay, la Cour de justice a jugé que l'exonération de responsabilité bénéficiant aux prestataires intermédiaires ne pouvait s'appliquer « *lorsque le prestataire du service, au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données* »⁹. La Cour de justice a ainsi fait du critère de neutralité une condition indispensable de l'application du régime d'exonération. Ceci rejoint les principes dégagés par la jurisprudence belge.

Dans l'hypothèse d'un service de place de marché en ligne, la Cour de justice a considéré que le simple fait de stocker des offres de vente moyennant rémunération et de donner des informations d'ordre général ne faisait pas perdre ce caractère neutre au prestataire de service. Par contre, selon la Cour de justice, le fait de prêter assistance en vue d'optimiser la présentation des offres confère un caractère actif à l'intervention du prestataire de service de place de marché en ligne, susceptible de le priver du bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue par la directive 2000/31.

L'analyse proposée par la Cour de justice nous paraît devoir être complétée par celle fournie par le Tribunal de commerce de Bruxelles dans son jugement du 31 juillet 2008¹⁰, dans laquelle le Tribunal de commerce avait souligné qu'il y avait lieu, avant d'analyser l'activité du prestataire de services à la lumière des principes fixés par la directive 2000/31, de distinguer les différents services offerts et de déterminer, pour chacun de ces services, si ceux-ci conduisent le prestataire à jouer un rôle actif ou non.

Q1.1.3: Le régime de notification et de retrait est-il approprié dans tous les types de situations (p. ex., dans les cas de violation des droits d'autrui, comme le droit de propriété intellectuelle, par des clients d'ISSs; discours de haine)? Dans la négative, quelles pourraient être d'autres solutions appropriées?

Le régime de notification et de retrait apporte, incontestablement, un remède efficace aux publications abusives dans le contexte de l'internet. Il garantit aux personnes préjudiciées d'obtenir une solution rapide au problème qu'elles rencontrent. Ce système n'est toutefois pas à l'abri de demandes de retrait abusives, pouvant porter atteinte au droit à la liberté d'expression. C'est pourquoi, à défaut de faire l'objet d'un contrôle judiciaire adéquat, ce régime peut confronter le prestataire intermédiaire à certaines difficultés, en ce qu'il pourrait l'obliger à arbitrer, dans certaines situations, un conflit entre l'auteur de la demande de retrait et l'auteur de la publication initiale, se prévalant de son droit à la liberté d'expression. Dans cette hypothèse, le prestataire intermédiaire se verra placé dans une position particulièrement inconfortable, étant susceptible, en fonction de la décision qu'il prend, d'engager sa responsabilité à l'égard de l'une ou l'autre des parties.

Une solution alternative pourrait se dégager progressivement. Elle consisterait à donner à la personne lésée par une publication en ligne le droit de solliciter des cours et tribunaux, dans le cadre d'une procédure unilatérale, une injonction visant à faire cesser, à titre provisoire à tout le moins, la diffusion de l'information litigieuse. La mise en place de ce type de procédure permettrait à la personne préjudiciée par la publication d'obtenir une solution rapide, sans préjudice d'un débat judiciaire ultérieur donnant le droit au prestataire intermédiaire, et le cas échéant à l'auteur de la publication, de faire valoir leurs droits, notamment leur droit à la liberté d'expression. Un tel système peut être assimilé à une forme de judiciarisation de la procédure de notification et retrait.

⁹ § 113.

¹⁰ Cfr. Question n° 1.1.1. ci-dessus.

Q1.1.4: À quelles difficultés votre État membre et vos tribunaux nationaux se sont-ils retrouvés/se retrouvent-ils confrontés lorsqu'ils considèrent des injonctions? (Scarlet c/ SABAM C-70/10 + SABAM c/ Netlog NV C-360/10: l'injonction de filtrage de droit d'auteur susciterait un conflit avec d'autres principes juridiques. Toutefois, la CJCE a créé une liste de contrôle pour des demandes de blocage spécifiques)

Les juridictions belges ont principalement été confrontées à la difficulté de définir la portée des injonctions pouvant être prononcées à l'égard d'un prestataire intermédiaire, afin de tenir compte des principes dégagés par la Cour de justice dans sa jurisprudence visant à préserver un équilibre avec différents droits fondamentaux.

S'agissant d'une mesure de blocage, la Cour de cassation a jugé que « *l'ordre adressé à un fournisseur d'accès à internet de bloquer par tous les moyens techniques possibles l'accès au contenu hébergé par un serveur associé à un nom de domaine principal déterminé en bloquant à tout le moins tous les noms de domaine qui renvoient à ce serveur associé au nom de domaine principal déterminé, avec de surcroît la spécification du procédé technique devant être employé, n'implique pas l'obligation de surveillance visée par l'article 15.1 de la directive* »¹¹.

Pour ce qui est des injonctions conduisant au retrait de certaines publications, la Cour d'appel d'Anvers a rappelé que celles-ci devaient présenter une portée limitée, jugeant que la mesure prise par le juge ne pouvait en aucun cas avoir pour conséquence que la publication, la distribution ou la diffusion de l'expression d'une opinion soit empêchée ou soumise à condition¹².

Les juridictions belges sont par ailleurs confrontées à la difficulté de veiller à l'effectivité des injonctions qu'elles prononcent. Les auteurs d'infractions en ligne développent, en effet, régulièrement des stratagèmes leur permettant de contourner l'effet des injonctions prononcées.

Enfin, la Cour de cassation a tranché la controverse de savoir si la personne préjudiciée par une publication sur internet pouvait puiser dans la législation existante un droit subjectif lui permettant d'exiger du prestataire intermédiaire que lui soit communiquée l'identité de la personne à l'origine de la publication litigieuse. La Cour de cassation s'est opposée à une telle mesure, considérant que « *cette disposition ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont il dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation* »¹³.

1.2. Protection des consommateurs en matière d'Internet et de commerce électronique, d'achats sur internet et de droits contractuels ; protection des consommateurs et résolution de litiges¹⁴ : questions spécifiques

¹¹ Cass., 22 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2005.

¹² Anvers, 20 décembre 2006, *A&M*, 2008, p. 133.

¹³ Cass., 16 juin 2011, *Pas.*, 2011, p. 1672.

¹⁴ Extrait du document de travail des services de la Commission [SWD](2016)163 Orientations concernant la DPCD [Directive relative aux pratiques commerciales déloyales]

La DPCD ne s'appliquant qu'aux situations où des entreprises s'adressent aux consommateurs, la première étape pour apprécier si cette directive est applicable au prestataire d'une plate-forme en ligne donnée, consiste à évaluer s'il a la qualité de « professionnel » aux termes de l'article 2, point b), de la DPCD.

Q1.2.1: À quelles difficultés votre État membre et vos tribunaux nationaux se sont-ils retrouvés/se retrouvent-ils confrontés lors de l'appréciation des recours dans le cadre de la directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation?

La directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹⁵ a été transposée en droit belge par la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation¹⁶. Plus précisément, de nouvelles dispositions ont été introduites dans le Code civil (art. 1649*bis* et s.). Dans le contexte général de l'économie numérique, la question se pose de savoir, d'une part, (i) si ces dispositions s'appliquent aux contrats conclus à distance et par voie électronique et, dans l'affirmative, si les consommateurs s'en prévalent à l'occasion de recours contre des entreprises, d'autre part, (ii) s'il est également permis d'invoquer les mesures de protection en matière de contenus numériques (au sens de l'art. 2, 11°, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs).

L'application des articles 1649*bis* et suivants du Code civil n'est pas conditionnée par le mode de conclusion du contrat (en présence physique des parties, à distance, en ligne, hors établissement, etc.). Dès lors qu'il y a vente d'un bien de consommation, d'un vendeur à un consommateur, le régime spécifique tiré de la directive 1999/44/CE s'applique, en ce compris lorsque le contrat est conclu à distance et par voie électronique. On trouve d'ailleurs de la jurisprudence publiée dans cette dernière hypothèse même s'il faut reconnaître que les décisions restent assez rares¹⁷. Ce n'est pas une surprise : tenant compte de l'enjeu du litige, comparé au coût de la procédure, sa longueur, et l'incertitude de l'issue, les consommateurs hésiteront généralement à porter le litige devant les cours et tribunaux. Par contre, les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, telles que visées par le livre XVI du

Dans le cadre d'une évaluation au cas par cas, un prestataire de plate-forme peut agir à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale dès lors, par exemple, qu'il facture une commission sur les transactions entre fournisseurs et utilisateurs, fournit des services supplémentaires payants ou tire des recettes de publicités ciblées.

En outre, au titre de l'article 5, paragraphe 2, de la DPCD, aucun prestataire de plate-forme ayant qualité de « professionnel » ne devrait contrevenir aux exigences de la diligence professionnelle dans ses pratiques commerciales vis-à-vis du consommateur. Au titre de l'article 2, point h), de la DPCD, on entend par "diligence professionnelle" le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marchés honnêtes et/ou au principe général de la bonne foi dans son domaine d'activité.

Les obligations de diligence professionnelle vis-à-vis des consommateurs imposées à ces professionnels par la DPCD se distinguent, tout en le complétant, du régime d'exemption de responsabilité établi par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique pour les informations illicites hébergées par des prestataires de service à la demande de tierces parties.

En particulier, l'article 14, paragraphe 1, est souvent invoqué par certaines plates-formes qui affirment agir en tant que simples intermédiaires fournissant des services d'hébergement tels qu'ils sont définis dans cette disposition, et qui n'assument donc pas la responsabilité des informations stockées.

En outre, l'article 15, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique interdit aux États membres d'imposer à de tels « prestataires de service d'hébergement » une obligation générale de surveillance des informations qu'ils stockent ou de recherche active de faits.

¹⁵ *J.O.*, L 171 du 7 juillet 1999.

¹⁶ *M.B.*, 21 septembre 2004.

¹⁷ Voy. not. Liège 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 67, note J.-F. HENROTTE (le litige portait sur la vente d'une voiture à travers la plateforme de commerce électronique eBay, qui était tombée en panne après avoir parcouru ... 2 kilomètres) ; Prés. Comm. Nivelles, 29 février 2012, *Ann. Prat. Comm.*, 2012, p. 63 (litige entre entreprises dans le cadre d'une action en cessation commerciale où la garantie des biens de consommation est évoquée à la marge).

Code de droit économique, connaissent un succès croissant. En témoigne le Rapport annuel 2016 du Service de médiation pour les consommateurs¹⁸, publié en septembre 2017 et qui montre que la majorité des plaintes concernent des problèmes de garanties (839 plaintes), les troisième et quatrième positions du tableau étant par ailleurs occupées par les produits/services défectueux (327 plaintes) et la non-conformité (325 plaintes). Les mesures établies par les articles 1649*bis* et suivants du Code civil sont par conséquent capitales pour assurer un niveau élevé de protection du consommateur.

Plus discutable est l'application des articles 1649*bis* et suivants du Code civil aux contenus numériques (applications, logiciels, films visionnés en streaming, contenus partagés sur les réseaux sociaux, etc.)¹⁹ : conformément à l'article 1649*bis*, § 2, 3°, le bien de consommation est « tout objet mobilier corporel, sauf [...] ». Les discussions doctrinales relatives à la qualification des logiciels, notamment dans le contexte des ventes de biens de consommation, montrent à quel point il est délicat de procéder à l'exercice de qualification. Des auteurs jugent ainsi que les logiciels sont des biens corporels dans tous les cas²⁰, quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le logiciel est exécuté en ligne (auquel cas il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel)²¹.

A la lumière de l'interprétation des dispositions de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, c'est ce dernier point de vue qui paraît confirmé²² (ce qui, d'après nous, est contestable) : suivant la directive, il faut en effet distinguer les contenus numériques fournis sur un support matériel (et qui constituent des « biens », au sens de la directive) et les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel (et qui répondent normalement à la définition de « service », au sens de la directive). Cette manière de faire crée d'après nous des différences de traitement potentiellement contraires au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.). Un régime cohérent devrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut en effet éviter de traiter de manière différente un même contenu numérique, en fonction de la manière dont il est transmis (sur un support matériel ou pas) et du

¹⁸ Disponible sur https://www.mediationconsommateur.be/sites/default/files/content/download/files/cod-jaarverslag_2016-fr-def-hr.pdf.

¹⁹ De manière générale, voy. M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, J.K. CSERES, B. VAN DER SLOOT et R. TIGNER, *Comparative analysis, Law and Economics analysis, assessment and recommendations for possible future rules on digital content contracts*, étude de l'Université d'Amsterdam, 2011 ; U. STENZEL, M. G. S. LIMA et J.J. DOWNES, *Study on Digital Content Products in the EU*, IBF International Consulting for the European Commission, 2012, 86 p. ; N. HELBERGER, M.B.M. LOOS, L. GUIBAULT, C. MAK et L. PESSERS, « Digital Content Contracts for Consumers », *J. Consum. Policy*, 2013/36, pp. 37-57 ; J. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/108-109, pp. 5 et s.

²⁰ M. TENREIRO et S. GÓMEZ, « La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation », *R.E.D.C.*, 2000, p. 12 : « un bien électronique (qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple dans la mémoire d'un ordinateur), doit être considéré comme bien corporel et doit donc être soumis au champ d'application de la directive. Le fait qu'il soit fourni au consommateur dans un support matériel ou à travers un réseau doit être sans importance ».

²¹ L. SERRANO, « Article 1^{er}. Champ d'application et définitions », M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJS (dir.), *La directive communautaire sur la vente - Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation – Présentation générale », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 64-65 (qui considère que les logiciels ou les enregistrements audio/vidéo vendus sur un support physique sont des biens corporels, tout en admettant que la question est controversée s'agissant des téléchargements).

²² Le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique la signification à donner au contenu numérique « au sens de la directive ». On ne peut donc exclure qu'un même terme reçoive une acception différente suivant une autre directive. Par souci de cohérence, une interprétation uniforme devrait normalement être défendue, dans la mesure du possible.

prix éventuellement payé par le consommateur. On se réjouit dès lors de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique²³, qui complète le cadre normatif applicable aux contenus numériques (en ajoutant des mesures de protection, notamment dans le domaine de la conformité et de la garantie).

Q1.2.2: La directive proposée concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM(2015)634) prévoit-elle des règles appropriées permettant la mise en place d'un véritable marché unique numérique?

La fourniture de contenus numériques aux consommateurs fait l'objet de mesures spécifiques de protection conformément à la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (elles sont transposées dans les livres VI et XIV du Code de droit économique). Elles consistent principalement en l'octroi d'informations spécifiques²⁴ et l'aménagement de l'exercice du droit de rétractation²⁵ (conduisant généralement à priver le consommateur de l'exercice dudit droit dans l'hypothèse de contenus numériques).

Pour les contrats portant sur la fourniture de contenus numériques (en tout cas s'ils ne sont pas fournis sur un support matériel – cf. *supra*, question 1.2.1.), le régime de protection en matière de garantie des biens de consommation n'est pas applicable.

On observe pourtant que, dans l'hypothèse de contenus numériques, la faiblesse du consommateur aurait justifié l'adoption de mesures de protection complémentaires. C'est en effet l'objet du contrat qui explique la faiblesse du consommateur : le contenu numérique se caractérise par des éléments de nature technique (et qui tiennent notamment à ses fonctionnalités, son interopérabilité avec d'autres matériels ou logiciels ou aux restrictions géographiques éventuelles), que le consommateur moyen ne maîtrise pas nécessairement. De nombreux consommateurs peuvent aussi être surpris de l'exigence de paiement d'un prix en cours d'exécution du contrat (pour progresser dans un jeu sur appareil mobile, par exemple, le téléchargement de l'application de base étant gratuit). Par ailleurs, il n'est pas rare que des données à caractère personnel soient traitées à travers les applications mises à sa disposition ou que des droits de propriété intellectuelle lui soient octroyés. A cet égard, le consommateur souffrira généralement d'un manque d'information sur les éléments de droit liés à ces considérations, lorsqu'il ignore les traitements réalisés avec ses données ou qu'il ne connaît pas l'étendue de son droit d'utilisation sur le logiciel téléchargé. On ajoute que s'agissant de contrats d'adhésion, la marge de négociation du consommateur est très réduite, voire inexistante ; tout au plus peut-il se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé (au risque d'accepter des conditions déséquilibrées).

L'adoption de règles complémentaires en vue de protéger le consommateur de contenus numériques est donc souhaitable. Aussi la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique doit-elle être approuvée dans son principe. A la différence de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, qui mobilise principalement des mesures de protection contemporaines à la formation du contrat, la

²³ COM(2015) 634 final.

²⁴ Art. 5 (1), g) et h), et art. 6 (1), r) et s), de la directive 2011/83/UE.

²⁵ Voy. en particulier l'art. 16, m), de la directive 2011/83/UE : pas de droit de rétractation pour « la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation ».

proposition encadre également les difficultés susceptibles de se présenter en cours d'exécution de celui-ci (avec les problèmes de conformité, la responsabilité éventuelle du prestataire, la modification du contenu, la dissolution du contrat, la récupération des contenus, etc.).

Si l'initiative de la Commission doit être approuvée en ce qu'elle renforce sensiblement la protection des consommateurs de contenus numériques, plusieurs critiques peuvent néanmoins être pointées. L'acception de la notion de « contenu numérique » et le champ d'application de la proposition sont en effet discutables à certains égards, spécialement quant aux liens qui sont faits avec les données personnelles fournies en contrepartie du contenu (cf. art. 3). L'articulation avec d'autres dispositions en vigueur pourrait également être source de difficultés : on songe au Règlement général de protection des données (concernant le droit à la portabilité des données, à articuler avec l'article 16 (4) (b) de la proposition de directive) ou à la directive sur les droits des consommateurs (et sa distinction entre les contenus numériques fournis sur un support matériel ou pas). On peut également regretter que des mesures spécifiques ne soient pas prises au bénéfice des mineurs, pourtant grands consommateurs de contenus numériques.

Le texte déposé par la Commission est actuellement en discussion et il fera probablement l'objet d'amendements. Aussi faut-il espérer qu'ils iront vers une plus grande clarté des règles applicables.

Q1.2.3: La directive proposée concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens (COM(2015)635) et l'harmonisation complète de certains droits contractuels essentiels prévoit-elle des règles appropriées permettant la mise en place d'un véritable marché unique numérique?

Contrairement à ce que l'intitulé de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de vente en ligne aurait pu laisser croire, elle n'introduit pas de mécanismes de protection justifiés exclusivement par la faiblesse du consommateur qui s'engage à distance (avec un renforcement des obligations d'information ou l'octroi d'un droit de rétractation). Ces règles se trouvent déjà dans la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs et la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

A l'analyse, les mesures introduites par la proposition de directive concernent uniquement la conformité des biens et les modalités de dédommagement en cas de non-conformité. Ces questions étaient déjà réglées par la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Il s'agissait toutefois d'une directive d'harmonisation minimale : des différences existent donc entre les législations des Etats membres, avec les difficultés qui en résultent pour les prestataires qui souhaitent se lancer dans le commerce électronique transfrontière.

La proposition s'applique uniquement aux contrats de vente à distance. Ceux-ci doivent donc porter sur des biens (ou des biens et des services, mais pas des services seuls), dont la propriété est transférée contre le paiement d'un prix. La conclusion du contrat doit intervenir sans la présence physique et simultanée des parties (par exemple à travers un site de commerce électronique).

Avec cette proposition de directive, la Commission ne se limite pas à imposer les mêmes règles sur tout le territoire de l'Union (puisque'elle est d'harmonisation maximale) : elle veille également à renforcer la protection du consommateur. Par rapport aux règles actuellement en vigueur en Belgique, on pointe notamment les différences suivantes :

- Actuellement, la garantie des biens de consommation est de deux ans. La loi présume néanmoins, sauf preuve contraire, que le défaut de conformité qui apparaît dans un délai de six mois à partir de la délivrance existait déjà à ce moment (art. 1649*quater*, § 3, C. civ.). Ce renversement de la charge de la preuve est particulièrement favorable au consommateur. Dans la proposition de directive, le délai de 6 mois est porté à 2 ans (art. 8, § 3, de la proposition de directive). Ce sera donc au vendeur de démontrer, pendant ces deux ans, que le défaut n'existait pas au moment de la délivrance.
- De même, contrairement à ce que prévoit l'article 1649*quater*, § 2, Code civil, il ne sera plus permis d'imposer un délai dans lequel le consommateur est tenu d'informer le vendeur du défaut de conformité.

S'il faut saluer le renforcement de la protection des consommateurs, on regrette qu'une différence de traitement soit créée entre les ventes en ligne et les ventes à distance de biens, d'une part, qui sont visées par cette proposition de directive, les autres ventes, qui demeurent soumises au régime traditionnel de la garantie des biens de consommation (directive 1999/44/CE et art. 1649*bis* et s. du C. civ.). Or, il n'est pas raisonnablement justifié de protéger davantage le consommateur qui s'engage en ligne. Il eût été préférable, d'après nous, de revoir tout le régime de la garantie des biens de consommation, sans faire de différence selon le mode de conclusion du contrat. Du reste, c'est en ce sens que la proposition a été revue et modifiée à l'automne 2017²⁶.

Q1.2.4: Comment évaluez-vous l'effet des règles harmonisées ci-dessus relatives à l'application de la législation de l'UE en matière de protection des consommateurs?²⁷

²⁶ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes de biens modifiant le règlement CE 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, COM(2017) 637 final.

²⁷ COM(2015)635, p. 7: *L'approche de l'harmonisation complète a déjà fait ses preuves dans le domaine de la législation de l'UE en matière de protection des consommateurs, dans le cadre des règles de la directive 2011/83/UE par exemple, en garantissant à tous les consommateurs de l'Union européenne un ensemble de droits uniformes, interprétés et appliqués de manière identique dans tous les États membres. Une initiative au niveau de l'UE garantira le développement cohérent des droits des consommateurs, tout en faisant en sorte que l'ensemble des consommateurs de l'UE bénéficient du même niveau élevé de protection. Elle sera source de sécurité juridique pour les entreprises qui souhaitent vendre leurs produits dans d'autres États membres. Un tel résultat ne peut être atteint que par une action au niveau de l'UE.*

Une initiative au niveau de l'UE garantira l'instauration cohérente de droits pour les consommateurs, tout en offrant à l'ensemble des consommateurs de l'UE le même niveau élevé de protection. Elle sera source de sécurité juridique pour les entreprises qui souhaitent vendre leurs produits dans d'autres États membres. L'initiative fournira une base juridique cohérente pour la coordination des mesures de contrôle de l'application de la réglementation, étant donné que la directive proposée sera mentionnée à l'annexe du règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs. En outre, ces mesures de contrôle de l'application de la réglementation seraient largement facilitées par les règles pleinement harmonisées et uniformes proposées. Ainsi, le contrôle de l'application de la législation de l'UE sera renforcé au profit des consommateurs de l'UE. Un tel résultat ne peut être atteint que par une action au niveau de l'UE.

On comprend, à la lecture de la note de bas de page figurant en fin de question, que celle-ci a pour objet d'évaluer le caractère d'harmonisation maximale des directives adoptées dans le domaine de la protection des consommateurs.

Avec les directives d'harmonisation minimale adoptées précédemment en droit de la consommation, on a pu constater des différences importantes entre les législations des Etats membres. Dans le domaine du commerce en ligne, qui opère généralement par-delà les frontières des Etats membres, cela constitue un obstacle sérieux à la mise en place d'un marché unique numérique. Aussi faut-il promouvoir cette manière de faire, tout en étant conscient que, dans certains Etats membres, cela peut parfois conduire à une réduction du niveau de protection des consommateurs (qui étaient, le cas échéant, mieux protégés sous l'empire de la législation nationale précédente).

Il faut toutefois se rappeler que, nonobstant le caractère d'harmonisation maximale, certaines questions restent généralement de la compétence des Etats membres. On songe en particulier aux sanctions civiles ou pénales susceptibles d'être prononcées en cas de non-respect des règles adoptées. Or, la sanction ou, de manière générale, les procédures susceptibles d'être mises en œuvre en cas de méconnaissance des règles participent de l'effectivité de celles-ci. Sauf à prévoir des mécanismes permettant de sanctionner un prestataire pour sa pratique sur tout le territoire de l'Union, il restera des différences et un risque de *forum shopping* des prestataires, tentés de s'établir dans un Etat réputé pour le faible niveau des sanctions ou des poursuites.

La multiplication des textes – et leur modification fréquente – tend également à rendre plus complexe le cadre normatif à respecter, ce qui complique la tâche des entreprises et, au final, n'assure pas nécessairement un niveau élevé de protection au bénéfice des consommateurs. Sans doute l'adoption d'un Code européen de droit de la consommation pourrait-elle contribuer à simplifier les règles, tout en contribuant à une meilleure articulation des textes.

Q1.2.5: Considérez-vous que l'actuelle législation de l'UE en matière de protection des consommateurs (c.-à-d. la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales; la directive 1993/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs) est appropriée pour protéger les consommateurs dans leurs relations avec les plateformes en ligne?

On comprend que la question concerne les places de marchés électroniques, dont le but est notamment de mettre en relation des cocontractants potentiels, spécialement dans un environnement 2.0 marqué par l'essor de l'économie collaborative.

Pour autant qu'elles s'appliquent à la plateforme (ce qui est normalement le cas), ces directives offrent au consommateur un bon niveau de protection, en tout cas d'un point de vue théorique. On souligne en effet que l'existence de seules règles matérielles de protection est insuffisante si elle n'est pas accompagnée de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, et de règles de procédures permettant de les mettre en œuvre (en privilégiant, de préférence, les modes alternatifs de règlement de différends).

Nous n'avons pas connaissance de décisions de jurisprudence dans lesquelles des consommateurs se plaindraient de la méconnaissance de règles de protection de la part des plateformes en tant que telles. Les litiges se développent plus généralement à l'occasion de la relation contractuelle nouée, grâce à la plateforme, entre les consommateurs ou entre le consommateur et l'entreprise (parce que le bien commandé n'a pas été livré, ou qu'il est

défectueux, etc.)²⁸. Du reste, les plateformes veillent généralement à se prémunir contractuellement en insérant dans leurs conditions générales des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, et en stipulant qu'en aucune manière elles ne sont parties au contrat C2C ou B2C conclu à travers la place de marché. Elles veillent ainsi à conserver un statut d'« intermédiaire » qui les autorise, par ailleurs, à bénéficier des exonérations de responsabilité établies par la directive sur le commerce électronique (transposée en Belgique dans le livre XII du Code de droit économique). A l'analyse, on constate d'ailleurs que ces activités d'intermédiation, qui ressortissent généralement au courtage, sont peu réglementées, sauf dans certains secteurs spécifiques (en matière de voyage, de finance, de crédit, etc.).

Cette manière de faire n'est probablement pas critiquable. Dans certaines situations, et en respectant le principe de proportionnalité, on pourrait toutefois souhaiter une intervention complémentaire du législateur pour imposer davantage d'obligations à la place de marché électronique, en particulier pour s'assurer que les personnes qu'elle met en relation respectent les obligations légales – de protection des consommateurs – qui leur incombent ou par des dispositifs techniques les empêchant de violer certaines exigences.

Q1.2.6: Des actions basées sur la législation en matière de protection des consommateurs contre des "termes et conditions" de fournisseurs de services en ligne ont-elles été portées devant vos tribunaux?

Les litiges initiés par les consommateurs devant les juridictions belges sont rares. En général, l'objet n'est pas de critiquer, en tant que telles, les conditions générales, même si, en fonction du cas d'espèce, cet élément peut faire l'objet d'un examen par le juge²⁹. Plus souvent, c'est l'entreprise qui introduit une procédure judiciaire contre le consommateur, pour lui réclamer le paiement de prestations exécutées à la suite d'un contrat conclu en ligne (une entreprise de télécommunications ou un fournisseur, d'énergie, par exemple). Le Juge de paix saisi du litige pourra alors se pencher sur le respect, par l'entreprise, des règles de protection du consommateur, ce qui peut l'amener à examiner les conditions générales de l'entreprise, et/ou leur opposabilité au consommateur.

Ces conditions contractuelles peuvent également être examinées, à l'aune du droit de la consommation, dans le cadre d'actions en cessation commerciale entre entreprises où l'une reproche à l'autre de méconnaître les règles de protection des consommateurs (ce qui peut constituer un acte de concurrence déloyale).

Des mesures peuvent enfin être prises par les agents du SPF Economie dans le cadre des compétences qui leur reviennent conformément au livre XV du Code de droit économique (avertissement, proposition de transaction, transmission au parquet).

La manière dont les conditions générales sont rédigées par les prestataires (les GAFA en particulier), pour être ensuite mises à la disposition des consommateurs (moyennant un lien hypertexte), et acceptées par ceux-ci (par une case à cocher) constitue assurément un problème. On sait en effet que les consommateurs lisent rarement les conditions à ce stade (et, à supposer qu'ils le fassent, le mode de rédaction – long, complexe, très juridique – pourrait en tout état de cause les en dissuader). Aussi faut-il encourager les réflexions susceptibles de mener à une

²⁸ Voy. par ex. Liège 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 67, note J.F. HENROTTE ou Gand, 26 mai 2010, *D.C.C.R.*, 2011/91, p. 51, note C. CAUFFMAN.

²⁹ Voy. Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, *DAOR*, 2009, p. 320, note E..

meilleure transmission (et acceptation) des informations essentielles à fournir au consommateur pour garantir un consentement éclairé de sa part, le cas échéant en s'inspirant de techniques promues dans le domaine de la protection des données à caractère personnel (*privacy by design* ou *privacy by default*, par exemple) ou en établissant un formulaire standard, court, simple et facilement compréhensible, sur lequel seules les données les plus importantes seraient reprises.

Q1.2.7: Cela vous paraît-il nécessaire/utile d'étendre le champ d'application des règles concernant les relations entre entreprises et consommateurs (B2C) aux relations entre entreprises (B2B)?

Les règles de protection des consommateurs sont principalement justifiées par la faiblesse présumée de ceux-ci lorsqu'ils s'engagent avec des professionnels. On considère en effet qu'ils souffrent d'un manque de connaissances sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel, ou qu'ils peuvent être victimes d'abus de la part de leur cocontractant (clauses abusives, pratiques commerciales déloyales, etc.).

Les règles de protection des consommateurs ne devraient donc être étendues aux entreprises dans leurs relations avec d'autres entreprises que s'il est démontré que celles-ci souffrent également d'une telle position d'infériorité. Pour certaines entreprises, la faiblesse est normalement avérée : on pense par exemple au médecin qui contracte une assurance pour sa pratique professionnelle et qui n'est pas moins « faible » que quand il souscrit la même assurance à des fins privées. C'est par contre plus discutable s'il s'agit d'une banque, qui dispose d'un service juridique composé de plusieurs dizaines de personnes. Pour celles-ci, la théorie générale des contrats et des obligations, avec la souplesse qu'elle permet, est nettement plus adaptée.

Aussi faut-il limiter l'application éventuelle des règles de protection des consommateurs à un nombre limité et clairement circonscrit de professionnels, dont la faiblesse est difficilement contestable. Une telle possibilité est d'ailleurs expressément prévue dans la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, au considérant n° 13 : « les États membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises ». La question pourrait d'ailleurs se poser de savoir s'il ne serait pas opportun d'imposer une telle extension du champ d'application de la directive.

1.3. Blocage géographique : question spécifique

Q1.3.1 : Le règlement envisagé (COM(2016) vise à empêcher la discrimination injustifiée fondée sur le lieu de résidence du consommateur ou la nationalité dans des situations transfrontalières. Comment voyez-vous l'interaction entre ce règlement et le règlement 1215/2015 sur la question d'un professionnel qui « dirige des activités vers un autre État membre où le consommateur a son domicile » aux fins de déterminer la compétence?

Aux termes de l'article 18 du règlement 1215/2012, « l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié ». Cette disposition s'applique à tout contrat conclu par un consommateur « lorsque (...) le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le

territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre (...) ».

En application de ces dispositions, la simple accessibilité sur le territoire d'un Etat membre du site internet d'une entreprise ne peut, en soi, suffire à justifier la compétence des juridictions de cet Etat membre. Selon la Cour de justice, il importe en effet de rechercher si, au travers notamment de son site internet, il existe des indices de ce que l'entreprise envisageait de commercer avec des consommateurs situés sur le territoire de l'Etat membre où l'action est introduite.

Le règlement en projet poursuit l'objectif de prévenir la discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans les transactions commerciales transnationales entre professionnels et clients. Il interdit aux entreprises de bloquer ou de limiter l'accès des clients à leur interface en ligne pour des motifs liés à ces considérations.

Il est expressément stipulé à l'article 1er, §5, du nouveau règlement que le fait de se conformer à celui-ci ne saurait être interprété comme le signe qu'un professionnel dirige ses activités vers l'Etat membre où le consommateur a sa résidence habituelle au sens de l'article 17 du règlement 1215/2012. Rien n'est, par contre, stipulé quant à savoir si, en cas de vente passive, l'entreprise « exerce des activités commerciales ou professionnelles » dans l'Etat membre du consommateur. Il conviendrait de clarifier ce point.

A défaut, deux interprétations semblent possibles, l'une excluant qu'une vente passive donne compétence aux juridictions de l'Etat membre du consommateur, l'autre interdisant de déduire de l'obligation de permettre les ventes passives que l'entreprise dirige nécessairement ses activités vers l'Etat membre du consommateur, mais n'excluant pas, en cas de litige au sujet d'une vente passive, que la compétence des juridictions de l'Etat membre du consommateur soit reconnue au titre de l'exercice d'activités dans cet Etat membre.

Dès lors que l'objectif du règlement est d'intensifier le commerce électronique transnational au sein de l'Union européenne, cette incertitude pourrait générer une insécurité juridique dans les litiges présentant un élément d'extranéité. Ceci pourrait présenter un caractère inconfortable pour certaines entreprises, en les confrontant au risque d'une explosion des litiges en dehors de leur Etat-membre, et en augmentant, en conséquence, le coût du développement de leurs activités en ligne.

2. Médias numériques : questions spécifiques

Contributeur : Michael Lognoul (assistant à l'UNamur (CRIDS)).

Q2.1: Dans son arrêt du 21 octobre 2015 dans New Media Online GmbH c/ Bundeskommunikationssenat (affaire C-347/14), la CJUE a considéré que la notion de 'programme', au sens de l'article 1er, paragraphe 1, point b), de la Directive SMAV, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend la mise à disposition, sur un sousdomaine du site Internet d'un journal, de vidéos de courte durée qui correspondent à de courtes séquences extraites de bulletins d'informations locales, de sport ou de divertissement. La Cour a considéré que les journaux en ligne ne sont pas automatiquement exclus du champ d'application de la directive SMAV. Si les éditeurs offrent des éléments audiovisuels, ils peuvent être couverts par la directive, pourvu que le critère de l'objet principal soit rempli.

Votre pratique nationale est-elle conforme à cet arrêt? Dans la négative, en quoi est-ce qu'elle en dévie (ou en déviait)? L'arrêt de la CJUE a-t-il conduit à une approche différente dans votre pays ?

En Belgique, le critère de « l'objet principal » dégagé dans l'arrêt susmentionné de la Cour de Justice était déjà appliqué par les régulateurs (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, ci-après CSA, Vlaamse Regulator voor de Media, ci-après VRM, et Medienrat der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens, ci-après MRat) depuis plusieurs années³⁰. La question de la compétence matérielle des régulateurs, en ce qui concerne les éléments audiovisuels présents sur les sites internet des médias remplissant le critère de « l'objet principal », était donc déjà tranchée. A cet égard, il est notamment possible de se référer à la recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels adoptée par le CSA en 2012, laquelle liste les critères sur base desquels cet organe établit sa compétence³¹.

Cet arrêt a toutefois été accueilli par les régulateurs belges avec enthousiasme, car il a permis de consolider une pratique déjà existante, et a apporté confirmation des principes appliqués, bien que de façon plus nuancée³². Par ailleurs, cette confirmation jurisprudentielle concorde avec la position adoptée par les régulateurs belges au sein du groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ci-après, ERGA).

Depuis lors, bon nombre de journaux en ligne belges (Le Soir, L'écho, ...) ont fait évoluer la présentation de leurs contenus, et incluent leurs contenus audiovisuels non plus sous forme de catalogues de vidéos, mais bien à la suite des articles détaillés correspondant à ces contenus ; au contraire de médias tels que La Libre, ou encore la Dernière Heure. Les contenus audiovisuels présentés sur les sites internet des premiers ne sont, de la sorte, pas soumis aux obligations découlant de la directive SMAV, à l'opposé des seconds.

Cependant, certains de ces journaux en ligne renvoient aux contenus audiovisuels qu'ils fournissent en ligne par le biais d'hyperliens à destination de plateformes externes, par exemple Dailymotion. Dès lors, puisqu'il est possible d'accéder à ces plateformes sans passer par le site internet du média publiant le contenu audiovisuel dont question – et donc d'accéder à des catalogues de contenus audiovisuels comportant une ligne d'édition sur ces plateformes externes (du style chaîne YouTube) –, la question de la compétence des régulateurs et l'application du critère de « l'objet principal » doivent de nouveau être examinées.

Q2.2: La proposition législative en vue de modifier la directive SMAV place les plateformes vidéo (telles que YouTube) dans le champ d'application des règles SMAV. Considérez-vous cela comme un pas dans la bonne direction? Jusqu'où doit aller l'extension du champ d'application à ces plateformes: seulement jusqu'aux règles sur la protection des mineurs et la lutte contre les discours de haine, ou également jusqu'aux règles sur les communications commerciales (placements de produits, parrainage, publicité...)? Votre législation nationale prévoit-elle déjà des règles sectorielles pour les plateformes audiovisuelles?

³⁰ Voy. notamment Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *Bilan nouveaux médias*, janvier 2013, disponible à l'adresse <http://www.csa.be/documents/1962>.

³¹ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels, mars 2012, disponible à l'adresse <http://csa.be/breves/652>.

³² *Ibidem*.

A l'heure actuelle, la Belgique ne dispose pas de règles sectorielles relatives aux plateformes audiovisuelles.

L'inclusion de ces plateformes dans le champ d'application des règles SMAV est en effet un pas dans la bonne direction, car cette reconnaissance légale permettra d'assurer un certain « level playing field »³³ entre les acteurs présents sur le marché. Ceci étant, les termes « plateformes de partage de vidéo » (video sharing platforms) pourraient assez rapidement poser problème, car d'autres types de plateformes pourraient remplir un rôle similaire³⁴ (par exemple, les réseaux sociaux, dont l'inclusion n'était pas envisagée dans la proposition originelle de révision de la directive). De la sorte, l'utilisation d'un terme plus englobant pourrait s'avérer plus pertinente, car moins facilement dépassé par l'évolution de la technologie.

A cette fin, le régulateur belge francophone (CSA) mentionne la notion de « distributeur de services de médias audiovisuels »³⁵, laquelle préexiste en Belgique, France, en Espagne, et aux Pays-Bas.

En ce qui concerne les obligations liées à la réglementation SMAV qui devraient s'appliquer aux dites plateformes de partage de vidéo, il est certain que leur rôle actif – mais limité – en matière éditoriale (par exemple, par le biais des recommandations aux utilisateurs, lors du visionnage de contenu généré par d'autres utilisateurs (ci-après UGC) doit impliquer à tout le moins de respecter les règles relatives à la protection des mineurs et la lutte contre les discours de haine. A l'heure actuelle, ces plateformes ont de toute façon un intérêt à se conformer à ces types de règles, ne serait-ce que pour leur image de marque.

En ce qui concerne d'éventuelles obligations complémentaires qui seraient imposées par la directive SMAV, une fois révisée, à ces acteurs, une application distributive devrait être prévue par le texte légal. De la sorte, en fonction de l'(intensité de l') activité éditoriale réellement exercée, différentes obligations pourraient s'ajouter à celles imposées initialement. Ainsi, au plus l'activité éditoriale d'une plateforme comme YouTube est importante vis-à-vis d'un (ensemble de) contenu(s), plus elle devrait se conformer à un nombre élevé d'obligations en matière de publicité, parrainage, ... jusqu'à parvenir à une situation juridique équivalente à celle d'un fournisseur de services de médias en cas de contenus propres à ladite plateforme (level playing field).

L'imposition d'obligations autres que celles portant sur la protection des mineurs et les discours de haine, par défaut et sans avoir égard à l'intensité du rôle éditorial joué par ces plateformes, aurait pour conséquence un risque accru d'atteinte à la liberté d'expression et d'information des internautes, d'autant plus maintenant que la proposition de directive discutée est considérée comme étant d'harmonisation minimale ; et non plus d'harmonisation maximale, ce qui confèrera *de facto* une plus grande latitude aux différents régulateurs nationaux (dont

³³ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *L'accès aux médias audiovisuels. Plateformes et enjeux.*, 2016, pp. 68 et 92, disponible à l'adresse <http://colloque2016.csa.be/pages/259>.

³⁴ *Ibidem*, pp. 14 et s.

³⁵ Définie à l'article 1^{er} du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 17 avril 2003. Ce texte ayant été revu à plusieurs reprises, il est renvoyé pour plus de facilité à la version coordonnée du 8 juin 2016 (officiuse) publiée par le CSA sur son site officiel : http://www.csa.be/system/documents_files/1440/original/D%C3%A9cret%20SMA%20coordonn%C3%A9%20au%208%20juillet%202016.doc.pdf?1474623093.

l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique n'est pas toujours certaine) dans la mise en application du texte légal et des obligations en découlant.

Q2.3: L'un des principaux domaines de débat dans le cadre de la révision de la SMAV, porte sur le principe du pays d'origine et les critères pour déterminer la compétence. Y a-t-il eu des litiges dans votre pays concernant l'application du principe du pays d'origine (dans lesquels le régulateur des médias a tenté d'imposer certaines règles aux prestataires de services de médias audiovisuels établis dans d'autres États membres)? Y a-t-il eu des problèmes concernant des prestataires établis en dehors de l'UE et ciblant votre audience nationale?

Dans l'ordre juridique belge, deux cas sont particulièrement pertinents dans le cadre de cette question spécifique. Il s'agit d'une part, du cas RTL Group – S.A. TVi (chaines télévisées RTL-TVI et Club-RTL, ainsi que Plug-RTL plus récemment), et d'autre part du cas TF1.

En ce qui concerne le premier, l'entreprise RTL Group a installé son siège social au Luxembourg en 2008, tout en disposant de bureaux et d'effectifs à Bruxelles par le truchement d'une filiale, la S.A. TVi, et en diffusant notamment ses contenus à destination de la population belge francophone. Le CSA a dès lors tenté d'affirmer sa compétence matérielle en ce qui concernait les manquements à la législation belge à l'encontre des chaines RTL-TVI et Club-RTL, ainsi que les instructions subséquentes, en se fondant sur l'article 2 de la directive SMAV³⁶.

Suite à cela, des contestations de la part de RTL Group sont survenues, cette dernière précisant qu'elle relevait de la compétence exclusive de l'Autorité Luxembourgeoise Indépendante de l'Audiovisuel (ci-après, ALIA) et un arrêt a été rendu par le Conseil d'Etat belge le 15 janvier 2009³⁷ en la matière, lequel n'a cependant pas tranché le litige quant à l'interprétation de l'article 2 de la directive SMAV, ni accepté de poser de question préjudicielle à la Cour de Justice. Cet arrêt a néanmoins annulé les décisions administratives prises par le CSA à l'encontre de RTL Group.

En conséquence, un accord a été conclu en 2010 entre le Collège d'Autorisation et de Contrôle (CAC) du CSA et l'ALIA, afin de transmettre tous les cas relatifs à RTL Group qui poseraient problème en Belgique, à l'ALIA – de telle sorte qu'un régulateur puisse au moins se charger de ces derniers. La situation a néanmoins à nouveau évolué en 2017, l'accord susmentionné ayant été rompu suite à une procédure interne au CSA, de telle sorte que ce dernier considère qu'il est le régulateur compétent vis-à-vis de RTL-TVI et Club-RTL, ainsi que de Plug-RTL³⁸. RTL Group conteste toujours cette compétence³⁹.

³⁶ A titre indicatif, à l'heure actuelle 600 personnes travaillent à Bruxelles pour le compte de RTL Belgium s.a., anciennement s.a. TVi.

³⁷ C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2009, n°189.503, s.a. TVi et s.a. CLT-UFA – CSA, disponible à l'adresse <http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/189000/500/189503.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=13497&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=2&hits=13+14+&01542520181515>.

³⁸ A cet égard, voy. notamment le communiqué de presse du CSA relatif à l'instruction lancée en 2017 à l'encontre de CLT-UFA, disponible à l'adresse <http://www.csa.be/breves/1171>; ainsi que les articles de presse y relatifs, notamment Le Soir, *Instruction du CSA contre RTL*, 10 octobre 2017, disponible à l'adresse <https://www.rtf.be/info/medias/detail-le-csa-ouvre-une-instruction-contre-rtl-et-l-emission-maries-au-premier-regard?id=9732362>.

³⁹ *Ibidem*.

En ce qui concerne le second cas, relatif à TF1, ce prestataire de services de médias audiovisuels établi en France n'a pas été considéré par le régulateur belge (CSA) comme étant susceptible de se voir appliquer l'article 2 de la directive SMAV, mais bien l'article 4. Cependant, les difficultés de mise en œuvre de la procédure y relative (seconde phase, § 3 de cet article), notamment la difficulté d'obtenir la preuve qu'un prestataire s'est établi dans un autre état membre pour échapper aux règles nationales en vigueur, l'ont rendu dans le cas présent inapplicable – puisque TF1 n'est pas installée à Paris pour contourner les règles belges, mais pratique néanmoins un ciblage du marché belge.

De façon plus générale, une critique générale émise par les régulateurs belges porte sur le principe du pays d'origine lui-même ; et ce, au vu des différences de sensibilité en ce qui concerne la portée de la culture et des valeurs que chaque Etat membre (régulateur) souhaite protéger au premier plan.

Au titre de piste de réflexion, il est envisageable de penser des mécanismes de coopération entre régulateurs des Etats membres « cibles » des contenus audiovisuels transmis, ces régulateurs étant placés sur un pied d'égalité lors de la détermination des principes et méthodes réglementaires adoptés ensuite de commun accord, et appliqués par catégories de contenus (documentaires, divertissements, actualités, ...).

Enfin, les régulateurs belges ne recensent pas d'affaire(s) pertinente(s) relative(s) à des prestataires établis en dehors de l'Union européenne, car ces derniers s'adressent à un public relativement restreint, et ce sans ciblage significatif du marché belge.

Q2.4: La directive SMAV n'impose aujourd'hui aucune exigence d'indépendance ou autres aux régulateurs des médias – en net contraste avec ce qu'il se passe, par exemple, dans le secteur des télécommunications ou de l'énergie, ou relativement aux autorités chargées de la protection des données. Considérez-vous l'introduction de ces exigences d'indépendance relativement aux régulateurs des médias au niveau de l'UE un pas en avant? Cela faciliterait-il la création d'un marché unique pour les services de médias audiovisuels? Y a-t-il des obstacles juridiques nationaux à ces exigences d'indépendance pour les régulateurs des médias? Y a-t-il eu des problèmes de pression politique ou commerciale induite sur les régulateurs des médias dans votre pays?

A titre de considération liminaire, il peut être utile de préciser ici que la directive SMAV mentionne, en ses versions en langue française et anglaise, le qualificatif « indépendants » à deux reprises en matière d'organismes de régulation nationaux.⁴⁰ Bien que ce qualificatif n'y ait qu'une incidence juridique limitée, il est intéressant de noter cette ambition d'indépendance pour les régulateurs nationaux, en germe dans le texte de la directive.

En ce qui concerne l'introduction d'exigences d'indépendance détaillées pour les régulateurs nationaux des médias au sein de la directive SMAV, il s'agirait bien sûr d'un pas en avant, voire même d'une nécessité. A cet égard, l'on peut envisager un régime inspiré de celui applicable aux Autorités Réglementaires Nationales (ci-après, ARN) en vertu de la réglementation relative aux communications électroniques.

A l'heure actuelle, en Belgique, les régulateurs des médias bénéficient déjà d'une certaine indépendance, que l'on peut qualifier de « partielle ».

⁴⁰ Il s'agit du considérant 94 de ladite directive, ainsi que de son article 30.

Les différents décrets SMAV belges, issus de chacune des Communautés, reconnaissent en effet légalement cette indépendance en faisant mention « d'autorités administratives indépendantes »⁴¹. Cependant, la nomination des membres des organes décisionnels de ces régulateurs (CSA, VRM et MRat) est majoritairement effectuée par les différents gouvernements des Communautés⁴², et ce en fonction des affiliations politiques des candidats. De plus, les qualifications et expériences requises de la part des candidats aux postes ouverts dans ces organes décisionnels (par exemple, le CAC en ce qui concerne le CSA) ne sont pas ou peu précisées par les textes légaux, bien que cela ne semble pas avoir d'impact sur les profils sélectionnés *in fine*⁴³. Par ailleurs, les méthodes de financement des régulateurs ne leur permettent pas une indépendance totale vis-à-vis des pouvoirs exécutifs et législatifs des Communautés dont ils ressortent⁴⁴.

En ce qui concerne les antécédents relatifs à des pressions politiques ou commerciales indues, il faut remarquer que la procédure même de nomination des membres des organes décisionnels des régulateurs implique des possibles pressions politiques sur lesdits régulateurs, ultérieurement. Qui plus est, les différents gouvernements de Communautés disposent du pouvoir de donner des instructions aux régulateurs nationaux relevant de leur compétence⁴⁵. De la sorte, il semblerait qu'à plusieurs occasions, des pressions politiques aient été subies – à tout le moins par le CSA – à des fins d'avancement politique des donneurs d'ordres.

Ceci étant, il n'existe en Belgique aucun obstacle juridique de nature à poser problème à l'instauration d'une indépendance concrète des régulateurs nationaux. Il existe de plus, dans le chef de ces régulateurs, la volonté d'une indépendance réelle, au niveau des nominations, ainsi qu'aux niveaux financier, politique, structurel, ...

Il est probable qu'un régime juridique permettant de parvenir à une telle indépendance tant sur le plan légal, que sur le plan factuel, permettrait de favoriser la création d'un marché unique pour les services de médias audiovisuels. En effet, cela pourrait mener à une application plus libre et consciencieuse des textes légaux européens et de leurs transpositions nationales par les régulateurs, notamment en leurs composantes relatives au marché unique.

⁴¹ Décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion tel que coordonné par le CSA, *op. cit.*, article 133 ; Décret de l'Autorité flamande du 27 mars 2009 concernant la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009, articles 215 et 218. Ce texte ayant été revu à plusieurs reprises, il est renvoyé pour plus de facilité à la version coordonnée du 3 février 2017 (officiuse) publiée par le VRM sur son site officiel : https://www.vlaamseregulatormedia.be/sites/default/files/geconsolideerde_tekst_van_het_mediadecreet_van_27_maart_2009_-_bijgewerkt_tot_3_februari_2017.pdf ; et Décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, *M.B.*, 6 septembre 2005, article 86. Ce texte ayant été revu à plusieurs reprises, il est renvoyé pour plus de facilité à la version coordonnée du 28 mars 2017 (officiuse) publiée par le MRat sur son site officiel : http://medienrat.be/files/Dekret_27_Juni_2005_Stand_28_Maerz_2017.pdf.

⁴² ICRI, KU Leuven; Cullen International ; *et al.*, Etude INDIREG (Indicators for independence and efficient functioning of audio-visual media services regulatory bodies), Annex II – Country Tables – Belgium, commanditée par la Commission européenne, 2011, pp. 17-18, disponible à l'adresse http://www.indireg.eu/files/Annex_II-CountryTables_Belgium.pdf.

⁴³ Institut de droit européen des médias et Université du Luxembourg, Etude RADAR (AudioVisual Media Services- Regulatory Authorities' InDependence And Efficiency Review), commanditée par la Commission européenne, 2015, p. 47, disponible à l'adresse <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/study-audiovisual-media-services>.

⁴⁴ ICRI, KU Leuven; Cullen International ; *et al.*, Etude INDIREG, Annex II – Country Tables – Belgium, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁴⁵ Institut de droit européen des médias et Université du Luxembourg, Etude RADAR, *op. cit.*, p. 72.

Q2.5: Quelles ont été les questions les plus controversées dans votre pays en ce qui concerne l'application des lois de radiodiffusion? (par exemple, les règles sur les communications commerciales telles que le placement de produit ou le parrainage? Contenus inappropriés pour les mineurs à la télévision? La diffusion de discours de haine? Le rôle des radiodiffuseurs de service public? Concentration croissante des médias?) Pensez-vous que certains domaines ont besoin d'une plus grande harmonisation par le biais de la directive SMAV?

Parmi les questions qui ont causé le plus de controverses en Belgique, en ce qui concerne l'application des lois de radiodiffusion, les régulateurs belges s'accordent à citer les règles sur les communications commerciales – notamment en ligne –, et les règles de protection des mineurs ; ces deux thématiques étant, toutefois, maintenant balisées dans une certaine mesure^{46,47}.

La seconde de ces problématiques se décline au travers plusieurs volets : les questions relatives à l'identification des mineurs lors de la fourniture de contenus audiovisuels en ligne (ou sous forme de services télévisuels non-linéaires) qui sont destinés à un public majeur ou, à tout le moins, averti ; et les questions d'opportunité en matière de signalétique destinée à prévenir en dessous de quel âge le contenu diffusé est déconseillé.

Pour les questions d'identification préalable des mineurs, dans le cas de fourniture de contenus en ligne (ou sous forme de service télévisuel non-linéaire) non adaptés à ces derniers, la pratique actuelle est focalisée sur des moyens techniques tels que l'introduction d'un numéro de carte de crédit, ou encore d'un code parental pour débloquer la possibilité de visionner tout contenu soumis à des restrictions en fonction de l'âge⁴⁸.

En matière de signalétique, des désaccords sont encore survenus récemment entre le régulateur francophone et la RTBF. En l'espèce, la diffusion litigieuse concernait l'émission « Retour aux sources », laquelle montrait des images d'archive de la chute du (troisième) Reich ; ces dernières contenant des photos de charniers, ou encore des plans prolongés de victimes de viols. Cette émission passant à 20h00 et sans signalétique, des plaintes ont été enregistrées par le CSA ; ce à quoi la RTBF objectait qu'une telle émission était tellement intéressante et enrichissante, qu'il n'aurait pas été judicieux de potentiellement exclure une partie de l'audience lors de la diffusion par le biais d'une signalétique déconseillant le visionnage en dessous d'un certain âge.

Les deux volets de cette thématique sont toutefois aujourd'hui de moins en moins souvent problématiques, comme en témoigne l'avis « Protection des mineurs » émis en 2017 par le CSA⁴⁹.

En ce qui concerne l'opportunité de procéder à l'harmonisation de certains domaines par le biais de la révision de la directive SMAV, certaines matières devraient assurément être

⁴⁶ Voy. notamment Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Recommandation relative aux communications commerciales sur les plateformes Internet, novembre 2015, disponible à l'adresse <http://www.csa.be/documents/2530>.

⁴⁷ Voy. notamment Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Recommandation relative à la protection des mineurs, février 2014, disponible à l'adresse <http://www.csa.be/documents/2230>.

⁴⁸ Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 février 2013, relatif à la protection des mineurs contre les programmes télévisuels susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral, *M.B.*, 11 mars 2013, article 2, §§ 1 et 3.

⁴⁹ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Avis protection des mineurs - 2016, juillet 2017, disponible à l'adresse <http://www.csa.be/documents/2749>.

envisagées, notamment les règles relatives à la concentration des médias, ou encore relatives aux placements de produits. D'autres, par contre, qui touchent plus spécifiquement les sensibilités nationales des populations des différents états membres – lesquelles divergent quant à certains contenus – devraient être laissées à la libre appréciation des autorités réglementaires nationales indépendantes. Ainsi, le contenu diffusé par la RTBF dans l'exemple mentionné ci-dessus ne rencontrerait pas le même écho auprès de toutes les populations de l'UE, et mériterait de ce fait une approche différenciée en matière de protection des mineurs dans les différents états « ciblés ».

Q2.6: Y a-t-il eu des initiatives dans votre pays en matière de publicité ciblée (ou adressable) à la télévision ou de contenu personnalisé? Dans l'affirmative, comment cela a-t-il été traité dans le cadre des lois relatives à la radiodiffusion /à la protection des données? Y a-t-il eu une coopération entre le régulateur des médias et l'autorité chargée de la protection des données? Voyez-vous la nécessité d'une approche harmonisée à l'échelle de l'UE?

Des initiatives en matière de publicité ciblée à la télévision existent déjà en Belgique, et sont principalement le fait des entreprises Telenet et Proximus. Ces dernières ont ainsi procédé à l'émission de publicité ciblée « sur la base des habitudes télévisuelles et/ou de navigation personnelle du client »⁵⁰.

Ces agissements n'ont pas été considérés par les régulateurs de SMAV nationaux ; mais bien par la Commission de la Protection de la Vie privée (ci-après, CPVP), qui est l'autorité belge de protection des données à caractère personnel et de la vie privée instituée par la loi du 8 décembre 1992, relative à la protection de la vie privée⁵¹.

Cet organe avait au préalable balisé les conditions dans lesquelles un traitement de données à caractère personnel permettant de diffuser de la publicité ciblée à la télévision pouvait s'effectuer en conformité avec la législation vie privée belge, par le biais de deux avis⁵². Cependant, certaines questions se sont posées lorsque l'entreprise Telenet a initié de telles pratiques, notamment en ce qui concerne les modalités d'obtention du consentement des personnes concernées à voir leurs données traitées pour une finalité de marketing direct (à savoir, le choix d'un mécanisme « opt-in » ou « opt-out »)⁵³.

⁵⁰ Commission de la Protection de la Vie Privée, Communiqué de presse : *Résultat de l'examen porté sur la publicité télévisée personnalisée de Telenet et Proximus*, 19 juillet 2017, disponible à l'adresse <https://www.privacycommission.be/fr/news/resultat-de-l'examen-sur-la-publicite-televisee-personnalisee-de-telenet-et-proximus>.

⁵¹ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

⁵² Commission de la Protection de la Vie Privée, Avis n° 06/2006 : *avis relatif à la télévision numérique et à la protection de la vie privée*, 7 février 2007, disponible à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_06_2007_0.pdf, et Commission de la Protection de la Vie Privée, Avis n° 29/2007 : *avis relatif aux nouveaux modes de consommation médiatique et à la protection de la vie privée*, 19 septembre 2007, disponible à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_29_2007_0.pdf.

⁵³ Commission de la Protection de la Vie Privée, Communiqué de presse : *La Commission vie privée examine les pratiques de marketing direct de Telenet : l' "opt-in" doit être la base*, 13 septembre 2016, disponible à l'adresse <https://www.privacycommission.be/fr/news/la-commission-vie-privee-examine-les-pratiques-de-marketing-direct-de-telenet>.

Bien qu'à l'heure actuelle, la CPVP ne dispose pas (encore⁵⁴) d'un pouvoir de contrainte, ni de sanction, un dialogue s'est tenu entre les parties intéressées et a abouti à un accord que ladite Commission juge équilibré ; à savoir : « la Commission vie privée ne s'oppose pas par principe à de nouvelles formes de publicité ou de marketing direct mais tend toujours à un équilibre adéquat entre les intérêts économiques légitimes des entreprises et les intérêts du citoyen en termes de vie privée »⁵⁵. Les « intérêts du citoyen » se rapportent ici notamment à la formalisation du consentement à obtenir par les responsables de traitements de données à caractère personnel pour effectuer du marketing direct, en particulier lorsque le RGPD sera applicable.

Il est intéressant de constater que le régulateur belge francophone des SMAV (CSA) se dit volontaire pour se coordonner avec la CPVP en la matière, dès lors que la réforme de cette dernière – liée à l'applicabilité du RGPD – sera effective.

Une approche européenne harmonisée pourrait être pertinente en la matière, mais uniquement si des mécanismes de coopération nationale entre autorités de protection des données à caractère personnel et régulateurs de SMAV se révèlent insuffisants. Une autre voie pourrait être l'instauration d'un groupe de discussion européen entre ces deux types d'autorités, regroupant l'ERGA et les autorités de protection de la vie privée pour résoudre ces questions particulières.

Q2.7: Le régime spécifique d'octroi de licences de droit d'auteur pour la radiodiffusion télévisuelle et sonore par satellite et par câble (conformément à la directive 93/83/CEE du Conseil) est-il toujours pertinent dans votre pays? Des règles similaires ont-elles été appliquées aux transmissions en ligne des organismes de radiodiffusion?

En Belgique, le régime de la retransmission par câble tel que prévu par la directive 93/83/CEE est le plus appliqué, notamment pour les chaînes dédiées au service public (RTBF, VRT, ...). Le régime prévu en ce qui concerne la radiodiffusion par satellite n'est quant à lui pas réellement appliqué, en ce sens que les prestataires établis en Belgique n'émettent pas particulièrement par le biais de liaisons satellites montantes.

Par ailleurs, en matière de réception des radiodiffusions opérées par satellite, la plupart des prestataires commerciaux (RTL, VTM, ...) procèdent conformément à la méthode dite de « l'injection directe », de telle sorte qu'un paiement aux sociétés de gestion collective des droits d'auteurs n'est pas requis⁵⁶.

Le régime de retransmission par câble mentionné ci-dessus est effectivement encore pertinent, et l'obligation de conclure un contrat de licence avec une société de gestion collective de droits d'auteurs – que le moyen technique utilisé soit le câble, ou un satellite – a d'ailleurs été étendue, dans la législation belge transposant la directive 93/83/CEE, aux situations purement internes, n'impliquant pas d'élément d'extranéité⁵⁷.

⁵⁴ Ce qui sera le cas lorsque la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.* 10 janvier 2018, sera applicable (25 mai 2018).

⁵⁵ Commission pour la Protection de la Vie Privée (CPVP), Communiqué de presse : *Résultat de l'examen porté sur la publicité télévisée personnalisée de Telenet et Proximus*, *op. cit.*

⁵⁶ C.J.U.E., arrêt *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, 19 novembre 2015, C-325/14, EU:C:2015:764.

⁵⁷ Code de Droit Economique (ci-après CDE), livre XI, articles XI.220 et s.

Ce même régime a également été étendu en Belgique à l'IPTV, tant en ce qui concerne les situations transfrontières européennes que les situations nationales ; mais pas aux transmissions en ligne des organismes de radiodiffusion, ce qui pose question d'un point de vue juridique.

Dans les faits, toutefois, les transmissions en ligne effectuées par ces prestataires semblent être soumises aux mêmes modalités, de par la pratique de la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (ci-après, SABAM)⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, la proposition de règlement établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio⁵⁹ apparaît comme étant à même d'apporter plus d'égalité de traitement et de sécurité juridique en la matière.

Q2.8: Quels sont les principaux obstacles dans votre pays concernant la portabilité transfrontalière des contenus numériques? Considérez-vous que le pays de résidence du consommateur doit être régulièrement contrôlé par le prestataire de services? Dans l'affirmative, comment concilier cette exigence avec le principe de minimisation des données sous le RGPD?

A titre de remarque préliminaire, il faut ici remarquer qu'il est encore très (trop) tôt pour déceler les obstacles nationaux potentiels à l'application de ce nouveau règlement. Néanmoins, il ne semble pas y avoir, à l'heure actuelle, de pierre d'achoppement ou d'obstacle particulièrement saillant en la matière.

En ce qui concerne le contrôle du pays de résidence du consommateur d'un service tel que ceux envisagés par le règlement dont question, il est certain que des vérifications doivent être opérées par les prestataires ; et en ce qui concerne la fréquence de ces dernières, un nombre maximum de vérifications par année devrait être consacré par le texte légal, ou encore par un acte d'exécution. En la matière, une méthode efficace pourrait être l'instauration de contrôles à fréquence aléatoire (par exemple, des contrôles dont la fréquence serait déterminée aléatoirement par le biais d'un programme informatique dédié), jusqu'à atteindre le nombre de contrôles annuels fixé, qui pourrait tourner aux alentours de 2 ou 3. Le nombre de ces contrôles annuels devrait, quoi qu'il en soit, être déterminé en prenant en considération tous les facteurs pertinents, en ce compris le principe de minimisation des données imposé par le règlement général sur la protection des données (ci-après, RGPD).

Afin de se conformer au principe de minimisation des données mentionnée ci-dessus, et de le concilier avec le principe de contrôle – relativement fréquent – du pays de résidence des consommateurs concernés, la solution la plus simple semble être de procéder à ces vérifications sur base des données publiques en premier lieu, lorsque de telles données existent ; la charge de l'actualisation de ces données reposant alors sur les différentes administrations compétentes en la matière.

⁵⁸ A cet égard, voy. notamment l'accord conclu entre la SABAM et Google en 2012 : SABAM, Communiqué de presse : *La SABAM et Google signent un contrat de licence numérique novateur*, 19 décembre 2012, disponible à l'adresse <http://www.sabam.be/fr/press/la-sabam-et-google-signent-un-contrat-de-licence-numerique-novateur>.

⁵⁹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2016, établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio, COM(2016) 594 final.

Par ailleurs, l'obligation légale imposée aux prestataires de se limiter à deux des méthodes d'identification prévues par le règlement (lesquelles auront assurément été pensées dans l'optique du RGPD) permet déjà, dans une certaine mesure, de minimiser les données traitées par ces prestataires.

Enfin, la suppression des données à caractère personnel directement après la procédure de contrôle – en ne gardant dès lors que le résultat, positif ou négatif, du contrôle – permettrait également de parvenir dans une certaine mesure à minimiser les quantités et qualités de données à caractère personnel traitées, s'agissant de la conservation de ces dernières.

3. Infrastructures numériques : questions spécifiques

Contributeurs : Christian Hocepied (chercheur au CRIDS) et Michael Lognoul (assistant à l'UNamur (CRIDS)).

Q3.1: Votre pays avait-il des règles sur la neutralité de l'Internet établies avant l'adoption du règlement (UE) 2015/2120? Dans l'affirmative, étaient-elles plus ou moins strictes par rapport au règlement? Quelle est l'approche nationale en ce qui concerne les pratiques de "fixation de taux zéro" (qui ne sont pas expressément interdites par le règlement)?

Avant l'adoption, au niveau européen, du règlement internet ouvert (ci-après RIO), applicable depuis fin novembre 2015, la Belgique s'était déjà dotée de certaines règles contribuant, de manière indirecte, à la neutralité de l'internet, comme l'article 113 § 4, de la loi belge relative aux communications électroniques (ci-après, LCE)⁶⁰, qui donne⁶¹ le pouvoir à l'IBPT d'imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques afin prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur leurs réseaux.

Plusieurs propositions législatives avaient également vu le jour afin d'implanter ce concept de façon contraignante dans l'ordre juridique belge, tant au sein de la LCE⁶² que de la Constitution⁶³. Néanmoins, ces propositions n'avaient pas abouti, faute de consensus politique à cet égard⁶⁴.

La grande nouveauté du RIO est qu'il interdit non seulement les discriminations classiques – dégradation de la qualité de services informatiques qui concurrencent les services du fournisseur d'accès à l'internet, mais également les discriminations *positives*, dont le cas emblématique est la « fixation de taux zéro », la non facturation du volume de données consommées par certaines applications informatiques spécifiques. L'IBPT, qui est chargé de la surveillance du respect des obligations du RIO en Belgique, examine, pour chaque offre

⁶⁰ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

⁶¹ Inséré par l'article 76 § 17 de la loi du 10 juillet 2012, amendement entré en vigueur le 4 août 2012.

⁶² Proposition de révision de la Constitution complétant l'article 23, afin de consacrer le principe de la neutralité du réseau Internet, *Doc. Parl.*, Chambre, 2010-2011, no 53-1471/1.

⁶³ Proposition de loi du 1er juin 2011 modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, en ce qui concerne la neutralité du réseau, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, no 53-1536/001.

⁶⁴ En la matière, voy. O. BRAET, H. JACQUEMIN, R. QUECK, M. PIRON, L. SCHUMACHER, D. STEVENS et P. VALCKE, « La réglementation de la neutralité du réseau en Belgique – Réflexions et recommandations », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2014, n°54, pp. 5 et s., disponible à l'adresse https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/462838/1/La+r%C3%A9glementation+de+la+neutralit%C3%A9+en+Belgique_r%C3%A9flexions+et+recommandations.pdf, et M. PIRON, « La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2011, n° 45, pp. 69 et s., disponible à l'adresse <http://www.rdti.be/Doc-Jur/doc45-3.html>.

spécifique, l'effet négatif potentiel sur le choix des utilisateurs finals⁶⁵. Aucune offre avec taux zéro en Belgique n'avait cependant un tel effet négatif. « Globalement, l'IBPT pense qu'il n'y a pas de sérieux motifs de préoccupation en Belgique sur le plan de l'accès à un internet ouvert (d'autant plus que les volumes Internet inclus dans les offres des ISP sont sans cesse croissants, pour répondre à l'évolution du trafic de données croissant) »⁶⁶. Le seul opérateur auquel l'IBPT a demandé de changer son offre est Lycamobile, qui rendait impossible le partage de connexion internet (thetering)⁶⁷.

Q3.2: L'UE devrait-elle aller plus loin dans la création d'un marché unique pour les réseaux ou services de télécommunications (et introduire, par exemple, un système d'octroi de licences à l'échelle de l'UE)? Vos autorités nationales ont-elles adopté des mesures spéciales de bande large et ont-elles été le résultat d'une intervention de l'UE ou ont-elles été adoptées de leur propre initiative?

En guise de remarque préliminaire, il faut ici préciser que la tendance actuelle est à la fragmentation du marché intérieur. Ainsi, le Conseil de l'IBPT a décidé le 30 mai 2016 d'imposer une amende administrative à Skype pour ne pas avoir notifié son service 'Skype Out' en tant que service de communication électronique⁶⁸. L'obligation de notification énoncée à l'article 9 de la LCE⁶⁹ n'implique pas simplement l'obligation de remplir un formulaire de notification et le paiement d'une redevance unique et annuelle à l'IBPT, mais entraîne en outre la nécessité de se conformer à de nombreuses obligations.

En suivant cette logique, et puisque les applications informatiques qui permettent d'appeler des numéros de téléphone sont disponibles depuis toutes les connexions à internet dans le monde, Skype et les prestataires de services similaires seraient alors dans l'obligation de notifier leurs services dans chacun des Etats membres et d'adapter ceux-ci aux exigences applicables dans chacun de ces Etats.

Jusqu'alors, les applications informatiques étaient considérées comme des services de la société de l'information, et la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000⁷⁰ avait instauré un marché unique pour ces services en prévoyant que les prestataires de tels services tombaient uniquement sous le régime juridique du pays d'établissement. Une entreprise établie dans un pays de l'union pouvait ainsi fournir ses services dans l'ensemble de l'Union sans formalité additionnelle dans d'autres Etats membres.

⁶⁵ IBPT, Rapport « L'analyse de l'IBPT du « zero-rating » d'applications dans les offres de Proximus », 30 janvier 2017, disponible à l'adresse <http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/protection-des-consommateurs/lanalyse-de-libpt-du-zero-rating-dapplications-dans-les-offres-de-proximus>.

⁶⁶ IBPT, « Rapport annuel concernant la surveillance exercée sur la neutralité de l'internet en Belgique (période du 30 avril 2016 - 30 avril 2017) », 2017, p. 83 disponible à l'adresse <http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/protection-des-consommateurs/rapport-annuel-concernant-la-surveillance-exercee-sur-la-neutralite-de-linternet-en-belgique>.

⁶⁷ IBPT, « Rapport annuel concernant la surveillance exercée sur la neutralité de l'internet en Belgique (période du 30 avril 2016 - 30 avril 2017) », *op. cit.*, p. 18.

⁶⁸ IBPT, Communiqué de presse : *L'IBPT impose une amende à Skype pour le service télécoms Skype Out*, 15 juillet 2016, disponible à l'adresse <http://www.bipt.be/fr/operateurs/press-release/123-l-ibpt-impose-une-amende-a-skype-pour-le-service-telecoms-skypeout>.

⁶⁹ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

⁷⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

L'interprétation extensive du concept de communications électroniques restreint dès lors cette liberté. A cet égard, il est d'autant plus inquiétant que la Commission a proposé un amendement de la définition des services de communications électroniques dans ce sens⁷¹, visant à y inclure des applications informatiques telles que Skype ou Viber out.

Ceci étant, l'Union européenne devrait effectivement aller plus loin dans la création d'un marché unique pour les réseaux et services de communications électroniques ; bien que différents freins existent – en sus de celui mentionné ci-dessus – vis-à-vis de cette ambition, dans l'hypothèse où elle serait mise en œuvre par le biais d'un régime d'octroi de licences à l'échelle européenne.

En effet, une telle question touche directement à la souveraineté nationale des Etats membres, dès lors qu'il est question de la création, sur leur territoire, d'infrastructures physiques ou encore de gestion du spectre. Il serait donc probablement plus facile d'envisager la chose en mettant en place un système de coopération entre les différents Etats membres (par exemple, grâce à une coopération renforcée).

De plus, un système d'octroi de licences à l'échelle européenne devrait être pensé de façon à inclure des obligations relatives aux objectifs minimaux à atteindre par les détenteurs desdites licences dans chaque Etat membre, afin d'éviter que seules les portions rentables du marché intérieur ainsi renforcé ne soient exploitées, au détriment des zones qui le sont moins. De la sorte, l'application des principes dits « de service universel » pourrait également bénéficier de ce renforcement du marché intérieur.

Par ailleurs, les sommes astronomiques requises pour faire aboutir de tels projets créent le risque que des licences attribuées à l'échelle de l'Union européenne ne puissent être conférées qu'à des entreprises ayant suffisamment de capital que pour ce faire ; ce qui ne favoriserait que les opérateurs déjà fortement implantés, au détriment d'entreprises moins puissantes ou de nouveaux entrants. Dans l'optique de favoriser la concurrence, le développement d'une voie alternative serait dès lors souhaitable, afin de permettre à des entreprises de plus petite taille de coopérer entre elles pour agir à l'échelle européenne, sans favoriser outre mesure les fournisseurs d'infrastructures et de services déjà solidement implantés et bénéficiant de ressources colossales

En ce qui concerne l'adoption de mesures spéciales de bande large par les autorités nationales, deux éléments sont à pointer ici :

- la transposition en droit belge de la directive 2014/61 est en cours⁷² ; et

⁷¹ Proposition de directive établissant le code des communications électroniques européen (Refonte), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), article 2, point 6).

⁷² Centre de Presse international (service du Service public fédéral (SPF) Chancellerie du Premier ministre), Communiqué de presse : *Transposition de la directive relative à la réduction du coût des réseaux de communications électroniques : Conseil des ministres du 16 décembre 2016*, 16 décembre 2016, disponible à l'adresse <http://www.presscenter.org/fr/pressrelease/20161216/transposition-de-la-directive-relative-a-la-reduction-du-cout-des-reseaux-de-c>.

- dans le contexte du réexamen de la régulation des marchés 3A et 3B, l'IBPT a laissé entrevoir dans une consultation que la régulation pourrait prendre en compte (être réduite en réaction à) des investissements dans le large bande (30 Mbps) et dans les zones blanches⁷³.

Q3.3. Des questions juridiques sont-elles soulevées dans votre pays en ce qui concerne la gestion du spectre? Dans l'affirmative, comment ont-elles été résolues?

Les seuls litiges en matière d'assignation de spectre radio au cours des dernières années avaient trait à la bande de fréquences 3,5 GHz, et en particulier concernant l'utilisation par l'IBPT de la discrétion que la loi lui laisse, d'étendre ou non des autorisations existantes⁷⁴.

En parallèle, la multiplication des taxes imposées aux opérateurs de communications mobiles par les autorités locales et provinciales a continué de causer problème. Outre les impôts applicables à tous les agents économiques, tels l'impôt sur les sociétés ou la taxe sur la valeur ajoutée, les opérateurs de télécommunications supportent un ensemble de charges financières et fiscales spécifiques à ce secteur en Belgique.

La Cour de Justice a bien précisé que « (l)e cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, établi par la directive « autorisation », serait privé d'effet utile si les États membres étaient libres de déterminer les charges fiscales que doivent supporter les entreprises du secteur »⁷⁵, mais la Cour a néanmoins admis que le droit de l'Union ne s'opposait notamment pas à des redevances sur les antennes GSM si le « fait générateur »⁷⁶ n'est pas lié à la procédure d'autorisation⁷⁷.

Ce concept de fait générateur laisse une marge discrétionnaire aux pouvoirs locaux⁷⁸ pour contourner, en formulant d'une manière habile la base imposable, l'interdiction d'imposer des redevances additionnelles aux opérateurs de communications mobiles pour l'utilisation de fréquences pour lesquelles ils ont déjà payé une redevance à l'Etat fédéral. En effet, le but du placement d'antennes est évidemment d'utiliser les fréquences obtenues. Or les communes et

⁷³ IBPT, *Consultation concernant l'analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle*, 7 juillet 2017, disponible à l'adresse <http://www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom/marches/large-bande/projet-de-decision-analyse-de-marche-2017/projet-de-decision-analyse-de-marche>.

⁷⁴ Voy. notamment le recours du 23 mai 2017 de la société Citymesh contre la décision de l'IBPT de ne plus étendre la zone géographique de couverture d'autorisation accordée dans cette bande de fréquence. Cette bande de fréquence est en effet destinée aux communications mobiles selon la future norme 5G. Document disponible à l'adresse

<http://www.ibpt.be/public/files/nl/22277/Requ%C3%AAte%20en%20suspension%20et%20annulation%20de%20Citymesh%20aupr%C3%A8s%20de%20la%20Cour%20des%20March%C3%A9s%20contre%20la%20D%C3%A9cision%20du%20Conseil%20de%20l'E2%80%99IBPT%20du%2021%20mars%202017.pdf>.

⁷⁵ C.J.U.E., arrêt *Vodafone Omnitel e.a.*, aff. jointes C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12, EU:C:2013:495, point 36, ainsi que, par analogie, les arrêts *Albacom et Infostrada*, aff. jointes C-292/01 et C-293/01, EU:C:2003:480, point 38, ainsi que *Telefónica de España*, C-284/10, EU:C:2011:513, point 19.

⁷⁶ Par exemple « en raison de la présence sur le domaine public ou privé de mâts, de pylônes ou d'antennes de radiotéléphonie mobile nécessaires à leur activité, à une taxe générale sur les implantations », C.J.U.E., arrêt du 4 septembre 2014, *Belgacom* (C-256/13) et *Mobistar* (C-264/13) c. *Province van Antwerpen*. Voy. également C.J.U.E., arrêt du 17 décembre 2015, *Proximus SA, anciennement Belgacom SA* c. *Province de Namur*, C-517/13.

⁷⁷ C.J.U.E., arrêts du 27 juin 2013, *Commission/France*, C-485/11, EU:C:2013:427, points 30, 31 et 34, et *Vodafone Malta et Mobisle Communications*, C-71/12, EU:C:2013:431, points 24 et 25.

⁷⁸ L'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques interdit aux communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications, mais la Cour constitutionnelle a jugé qu'une telle interdiction viole le principe de l'autonomie communale : C.C., arrêt du 15 décembre 2011, n° 189/2011.

provinces bénéficient déjà des revenus de la taxation des installations de mâts GSM au titre de l'impôt sur le revenu cadastral⁷⁹.

En outre, la question se pose du respect du principe de non-discrimination quand des antennes utilisées à d'autres fins ou des éoliennes ne sont pas grevées des mêmes redevances.

Une autre incertitude juridique qui demeure en Belgique pour les opérateurs de communications mobiles sont les normes réglementaires fixées en matière radiations non ionisantes⁸⁰. La recommandation 1999/519/CE du Conseil du 12 juillet 1999⁸¹ recommande une densité de puissance maximale, mais ce plafond n'est pas obligatoire. Les législateurs régionaux ont abaissé substantiellement ce seuil, certains plus que d'autre pour des raisons probablement non dénuées de considérations électoralistes.

L'absence de prévisibilité future du plafond génère une incertitude préjudiciable à la modernisation des réseaux et au déploiement de la technologie selon la nouvelle norme 5G, qui demandera un nombre encore plus important d'antennes.

Q3.4. Des questions liées à l'indépendance des ARN ont-elles été soulevées dans votre pays? Dans l'affirmative, ont-elles conduit à des contestations en justice? Comment ont-elles été résolues?

A plusieurs reprises, des contestations⁸² ont vu le jour au sujet de l'indépendance de l'IBPT dans l'exercice de ses missions, au regard des exigences posées par le cadre réglementaire européen des communications électroniques. Contestations auxquelles l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (ci-après, OCDE) fait écho en 2009. L'OCDE estimait que suite à la réforme opérée en 2003⁸³ et relative au statut de l'IBPT, « il subsiste certaines interrogations quant à son indépendance : les membres du Conseil (organisme délibérant), notamment le président, sont nommés et peuvent être révoqués sur proposition de l'exécutif. Une incertitude demeure quant à la possibilité pour le gouvernement de casser les décisions de l'IBPT et à l'influence politique pesant sur les priorités des régulateurs »⁸⁴.

De plus, le même document précise : « bien que l'indépendance de l'IBPT ait été accrue en 2003, des signes montrent qu'il faudrait peut-être encore la renforcer, compte tenu de la participation de contrôle de l'État dans l'opérateur historique [...]. De ce fait, Belgacom contribue de façon significative au budget fédéral, d'où un possible conflit d'intérêt : l'État est un régulateur chargé de promouvoir la concurrence, mais par ailleurs il bénéficie des recettes de l'opérateur historique. En conséquence, la privatisation de Belgacom clarifierait davantage les incitations à donner davantage de pouvoirs au régulateur sectoriel. Au cours des années

⁷⁹ En effet, les revenus provenant de concessions pour l'installation de mâts GSM sont des revenus de biens immobiliers, matière imposable du précompte immobilier, qui avait été attribué aux régions par la loi spéciale de financement : C.C., arrêt du 19 juin 2014, n° 93/2014.

⁸⁰ Voy. C.C., arrêts du 27 janvier 2016, n° 12/2016 et n° 189/2011.

⁸¹ Recommandation 1999/519/CE du Conseil du 12 juillet 1999 relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques (de 0 Hz à 300 GHz), J.O.C.E., L 199, 30 juillet 1999.

⁸² Voy. notamment la question écrite de G. Deprez n° E-2610/06 du 14 juin 2016 se référant aux critiques de la Commission européenne dans son 11e rapport sur la mise en œuvre des directives européennes en matière de communications électroniques (février 2006). La question et la réponse de Mme Reding sont disponibles à l'adresse <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2006-2610&language=FR>.

⁸³ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, M.B., 24 janvier 2003.

⁸⁴ OCDE, *Études économiques de l'OCDE : Belgique*, juillet 2009, p. 136, disponible à l'adresse http://www.oecd-ilibrary.org/economics/etudes-economiques-de-l-ocde-belgique-2009_eco_surveys-bel-2009-fr.

passées, un certain nombre de sources ont accusé le régulateur d'être soumis aux influences politiques (Platform, 2007, ECTA, 2008, Test-Achats, 2007, 2008) et de négliger la mise en œuvre du dégroupage de la boucle locale (Platform, 2007) »⁸⁵.

La loi du 18 mai 2009, portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques⁸⁶, a permis de partiellement circonvenir aux problématiques pointées ; cette législation comprenant des mesures modifiant le statut de l'IBPT et visant à simplifier la procédure d'imposition d'amendes, à majorer ces dernières, et à doter l'IBPT de plus de pouvoirs d'intervention sur le marché.

Cette intervention législative ne fut cependant pas suffisante aux yeux de la Commission européenne, qui initia en 2014 un recours en manquement contre l'état belge, considérant que « la législation belge ne garantit pas l'indépendance du régulateur national dans le domaine des télécommunications. En vertu des règles de l'UE dans ce domaine, les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché et du règlement des litiges entre entreprises doivent, en effet, agir en toute indépendance et ne solliciter ni accepter d'instruction en appliquant ces règles »⁸⁷, alors que « [l]a législation belge prévoit que le conseil des ministres belge peut, dans certaines circonstances, suspendre les décisions du régulateur des télécommunications belge, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT). En outre, la stratégie pluriannuelle de l'Institut est soumise à l'approbation du conseil des ministres belge »⁸⁸.

En réaction, la Belgique adopta une nouvelle loi⁸⁹ prévoyant que les « ministres de tutelle s'occupant de la réglementation sur les télécoms ne peuvent plus influencer le Conseil de l'IBPT en lui transmettant leurs objectifs prioritaires à mener dans ces secteurs. De plus, le régulateur n'a plus besoin de présenter son plan de projet stratégique au Conseil des ministres »⁹⁰.

Cette modification législative mit fin à la procédure initiée par la Commission à l'encontre de la Belgique, de telle sorte que la question de l'indépendance de l'IBPT n'a donc jamais reçu de réponse juridictionnelle, les adaptations successives de la législation relative à cet institut ayant *in fine* permis de clore la problématique.

4. Données dans l'économie numérique : questions spécifiques

Q4.1: Comment votre pays se prépare-t-il pour l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données (RGPD) en mai 2018? Existe-t-il des propositions législatives spécifiques ou des mesures d'exécution en préparation?

⁸⁵ *Ibidem*, p. 146.

⁸⁶ Loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 4 juin 2009.

⁸⁷ Commission européenne, Communiqué de presse : *Télécommunications: la Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national*, 16 octobre 2014, disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1145_fr.htm.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 7 avril 2015.

⁹⁰ M. LEPAGE, *Tout savoir sur l'IBPT, le régulateur belge des télécoms*, 20 novembre 2015, mis à jour le 11 mai 2017, disponible à l'adresse <https://www.killmybill.be/fr/ibpt-regulateur-telecom-belge/>.

Constitutrice : Elise Degrave (chargée de cours à l'UNamur (CRIDS)).

La loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données a été publiée au Moniteur belge le 10 janvier 2018. Cette loi réforme substantiellement la Commission de la protection de la vie privée. Cette dernière est rebaptisée « autorité de protection des données » et structurée en six organes composés de professionnels de la protection des données (un comité de direction, un secrétariat général, un service de première ligne, un centre de connaissance, un service d'inspection, une chambre contentieuse et un conseil de réflexion)⁹¹. L'indépendance des membres est renforcée, ceux-ci étant nommés par la Chambre des représentants sur la base de candidatures proposées, sans intervention du Conseil des ministres⁹². Les comités sectoriels, chargés jusqu'ici de contrôler les échanges de données entre les administrations sont supprimés. L'autorité de protection des données disposera du pouvoir d'amende, ce qui n'était pas le cas de la Commission de la protection de la vie privée⁹³.

Une loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel est en cours de rédaction. Le but de cette loi est d'organiser la mise en application du RGPD dans le système juridique belge, en tenant compte des particularités de ce dernier. Il s'agira notamment d'organiser, en Belgique, les traitements de données à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ; le traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ; le contrôle des échanges de données dans le secteur public, jusqu'ici effectué par les comités sectoriels, etc. ainsi que de transposer en droit belge la directive relative aux traitements de données effectués par les autorités judiciaires, policières et les services de renseignement et de sécurité.

Q4.2 : Comment les entreprises de votre pays s'adaptent-elles aux nouvelles exigences du RGPD telles que celles relatives au consentement, aux analyses d'impact, au respect de la vie privée dès la conception et par défaut ?

Contributeur : Antoine Delforge (chercheur au CRIDS).

Avant de répondre à cette question, il est important de garder en tête que la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel reste à l'heure actuelle une législation assez méconnue des entreprises et plus particulièrement des PME, disposant généralement de moins d'accompagnement sur le plan juridique.

Même si les choses vont sans doute évoluer avec la future entrée en application du RGPD, il reste à craindre qu'un certain nombre d'entreprises belges n'aient pas encore entendu parler de ce texte, ou du moins ne réalisent pas encore qu'elles y seront soumises et ne mesurent pas le travail de mise en conformité nécessaire⁹⁴. Ces dernières n'ont donc logiquement pas encore entamé de processus de mise en conformité.

⁹¹ Loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, article 7.

⁹² *Ibidem*, article 39.

⁹³ *Ibidem*, article 100.

⁹⁴ Cette perception des choses est notamment corroborée par une étude récente de Kaspersky qui a interrogé des responsables IT en Europe, voyez : <https://www.kaspersky.fr/blog/gdpr-poll/8817/>. Ces résultats ne considérant que les entreprises disposant d'un département IT, il est probable que ces chiffres différeraient si l'ensemble des entreprises étaient cette fois interrogées.

Pour les entreprises qui souhaitent se mettre en conformité, il faut distinguer les entreprises qui respectaient l'ancien cadre légal des autres.

Les premières devraient s'adapter relativement bien aux nouvelles exigences du RGPD même si cela risque de leur demander un travail conséquent qui nécessitera du temps vu la taille de certaines entreprises et la complexité des différents processus utilisés.

Les secondes, qui découvrent la législation relative à la protection des données et démarrent donc de plus loin voire de zéro, ont beaucoup plus de mal à s'adapter et le RGPD devient pour elles un défi difficile à relever, surtout pour les petites entreprises qui n'ont souvent ni les connaissances, ni les ressources nécessaires.

Vu l'ampleur du travail et les délais relativement courts, il leur est conseillé de prioriser les différentes actions à mener et notamment commencer par dresser un inventaire des données à caractère personnel traitées⁹⁵.

A côté du travail de sensibilisation et d'accompagnement qui est effectué par la Commission de la Protection de la Vie Privée, certaines organisations professionnelles organisent à destination de leurs membres des formations sur le RGPD et développent à leur intention des outils de mise en conformité⁹⁶.

Q4.3: Quelles sont les questions les plus controversées dans votre pays (d'un point de vue juridique) en ce qui concerne l'IdO (Internet des Objets) / les villes intelligentes / les données générées de machine à machine / voitures automatisées? (Des questions de propriété? Accès et utilisation ? Responsabilité en cas de préjudice ?) Existe-t-il des mesures législatives spécifiques ou des avis/décisions réglementaires dans ce domaine? Quel est l'état du débat politique?

Contributeurs : Thomas Tombal (chercheur au CRIDS) et Noémie Gillard (chercheuse au CRIDS).

En matière de données générées par machine, la Belgique n'a, pour l'heure, pas encore creusé les pistes de réflexion lancées par la Commission européenne dans sa communication « Building a European Data Economy »⁹⁷, relatives, entre autres, à la libre circulation, à la portabilité, à l'accès, au transfert et à la propriété des données. Tout au plus peut-on dire que, au niveau belge, la question de la « propriété » des données s'avère problématique, dès lors que le régime de la propriété mis en place par le Code civil belge (Arts. 544 et s.) s'accommode mal du caractère incorporel des données. Dans ce contexte, certaines voix invitent à repenser ce régime classique⁹⁸, au vu des évolutions technologiques récentes, et de la valeur économique indéniable des données (générées par machine). Notons, à cet égard, que l'avant-projet de loi réformant le droit des biens dans le Code civil belge s'intéresse « *aux aspects de statut réel des*

⁹⁵ Pour le plan en 13 étapes proposé par la Commission de la Protection de la Vie Privée voyez : <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/STAPPENPLAN%20FR%20-%20V2.pdf>.

⁹⁶ A titre d'exemple voyez l'outil développé par AGORIA : <https://www.agoria.be/fr/GDPR-Compass-votre-outil-Agoria-pour-une-conformite-au-GDPR-sans-souci>

⁹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité européen des régions, « *Building a European Data Economy* », Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final.

⁹⁸ P. LECOCQ, *L'incorporel et le droit des biens : quo vadis ?*, présentation réalisée dans le cadre de la Chair Francqui à la KU Leuven, en date du 16 novembre 2017.

biens incorporels »⁹⁹ et qu'il ranime le débat sur « *la question de savoir si les biens incorporels peuvent être l'objet d'une propriété* »¹⁰⁰.

Par ailleurs, la Commission européenne a invité les Etats membres à se montrer particulièrement attentifs au développement des véhicules autonomes¹⁰¹. Ce faisant, le Service public fédéral Mobilité et Transports a adopté un Code de bonnes pratiques d'expérimentation de véhicule autonomes en Belgique¹⁰². Ce dernier contient notamment des exigences relatives à la responsabilité de la sécurité de l'expérimentation, à la cyber-sécurité, ainsi qu'à l'enregistrement et la protection des données.

En matière d'Internet des Objets et de villes intelligentes, le débat n'est, pour l'heure, guère plus avancé. Ceci malgré un investissement croissant des entrepreneurs dans des projets estampillés « Smart City » ou « IoT », et les nombreuses problématiques qu'ils soulèvent, qu'il s'agisse des risques potentiels d'atteinte à la vie privée, des menaces pour la sécurité, ou des questions liées à la responsabilité.

Q4.4: Depuis l'arrêt controversé de la CJUE en mai 2014 dans l'affaire Google Espagne (ou Costeja), ce qu'on appelle le "droit à l'oubli" (ou à la radiation) a reçu beaucoup d'attention en Europe et au-delà. Quel est le statut légal dans votre pays? Des plaintes sont-elles portées devant l'autorité chargée de la protection des données et/ou les tribunaux? Y a-t-il eu une jurisprudence croissante à cet égard? Comment est atteint l'équilibre entre le droit de l'individu à la protection des données et les autres intérêts en jeu (en particulier la liberté commerciale du moteur de recherche, le droit du public à l'information et le droit de l'auteur à la libre expression)?

Contributeur : Quentin Van Enis (chargé de cours à l'UNamur (CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL et avocat au barreau de Bruxelles).

Le droit au déréférencement, déduit des droits d'opposition et de rectification, lesquels étaient déjà énoncés dans la loi du 8 décembre 1992, n'a pas fait l'objet d'une consécration particulière en Belgique.

Depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour de Justice, il existe des demandes de médiation devant la Commission de la protection de la vie privée lorsque Google se refuse à déréférencer certains liens¹⁰³.

Aucun cas ne semble avoir été porté devant les cours et tribunaux s'agissant du droit au déréférencement opposable aux moteurs de recherche.

⁹⁹ Commission de réforme du droit des biens, *Avant-projet de loi portant insertion du Livre II « Droit des biens » dans le nouveau Code civil – Exposé des motifs*, 7 décembre 2017, disponible sur https://justice.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs- le droit des biens.pdf, p. 6.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰¹ Communication de la Commission, "Building a European Data Economy", *op.cit.*, p. 17.

¹⁰² Service Public Fédéral Mobilité et Transports, *Véhicules autonomes : Code de bonnes pratiques d'expérimentation en Belgique*, septembre 2016, disponible à l'adresse https://mobilit.belgium.be/sites/default/files/resources/files/code_of_practice_fr_2016_09.pdf.

¹⁰³ Commission de la Protection de la Vie Privée (ci-après CPVP), *Rapport annuel 2014, 2015*, juin 2015, p. 43, disponible à l'adresse <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Rapport%20annuel%202014.pdf>.

La Cour de cassation de Belgique a cependant rendu un arrêt le 29 avril 2016 qui confirme l'existence d'un droit à l'oubli opposable aux sites éditoriaux de presse en ligne¹⁰⁴.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui avait considéré que l'éditeur qui, après notification d'une personne physique, s'était abstenu de rendre anonymes certains articles de presse portant sur le passé judiciaire de cette dernière, pouvait, dans certaines circonstances, engager sa responsabilité extracontractuelle. Dans le cadre de cette affaire, le fait que les moteurs de recherche aient également pu participer à la production du dommage de la personne visée n'a pas été considéré comme une circonstance de nature à exclure la responsabilité du site éditorial.

¹⁰⁴ Cass., 29 avril 2016, C.15.0052.F, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160429-1&idxc_id=302344&lang=FR.